Die Abgrenzung zwischen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Betrug

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Martin Polit

1929

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen Kdt.-Ges., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Heilborn

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

v. Alberti: Strafrechtliche Konsumtion im Ger. Saal Bd. 76.

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß Berlin 1917.

Beling: Strafrechtliche Abhandlungen Bd. 41.

Brombacher: Die Begriffe „Vorteil", „Vermögensvorteil", „gewinnsüchtige Absicht" im deutschen Strafrecht, Erlanger Diss. 1901.

Binding: Lehrbuch des gemeinen Strafrechts. Besonderer Teil. Leipzig 1902.

Binding: Normen und ihre Uebertretung. Zweiter Band 1914/16.

v. Buri: Begünstigung und Hehlerei im Gerichtssaal, Bd. XXIX, Stuttgart 1877.

v. Buri: Vorstellung und Wille. Im Ger. Saal, Bd. 43.

Ebermayer: Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG., erläutert von Ebermayer, Lobe, Rosenberg; Berlin, Leipzig 1925.

Eckstein: Streitfrage aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betruge in Goldt. Archiv, Bd. 58, zitiert GA. Bd. 58.

Eckstein: Beiträge zur Lehre von der Konkurrenz der Delikte. Ger. Saal, Bd. 78.

Entscheidungen des RG. In Strafsachen.

Ewald: Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung. Rostocker Diss. Berlin 1900.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 17. Aufl. Tübingen 1926.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin, Leipzig 1922.

Habel: Das Verhältnis des Betrugs zu Diebstahl und Unterschlagung, Diss. Breslau 1913.

Harburger: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Berlin 1907.

Herberger: Abgrenzung des Betruges vom Diebstahl und Unterschlagung vermittels Täuschung eines Dritten auf Grund des begrifflichen Gegensatzes der Delikte und

die sich ergebenden Folgen für die Lehre vom Diebstahl, Diss. München 1917.
Jehle: Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug, Diss. Tübingen 1905.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin, Leipzig 1927.
Meyer Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1922. Erlangen. 8. vielfache veränderte Auflage des von Dr. Hugo Meyer begründeten Lehrbuchs.
Micelli: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht, 1906.
v. Olshausens: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 10. Auflage, Berlin 1916.
v. Olshausens: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 11. Auflage 1927.
Rimpau: Ueber die Strafbarkeit des Betruges bei mangelnder Identität des Getäuschten und Geschädigten, Diss. 1892.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1914.
Wachefeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.
Zimmer: Der Zueignungsbegriff nach dem Reichsstrafgesetzbuch, Diss. Eisleben 1913.

I.

Einleitung.

Die Frage nach der Grenze zwischen Diebstahl und Betrug kann insbesondere in dem Falle auftreten, daß jemand einen anderen auffordert, eine Sache, die einem Dritten gehört, an sich zu nehmen und ihn dabei im Glauben läßt, selber Eigentümer der Sache zu sein.[1] Erforderlich ist natürlich, daß der mittelbare Täter irgend eine Absicht damit verfolgt. In Frage kommen kann nur die Bereicherungsabsicht. Indem der mittelbare Täter das Werkzeug auffordert, die einem Dritten gehörige Sache an sich zu nehmen, kann er zunächst dadurch bereichert werden, daß er dem Werkzeug gegenüber als Verkäufer der Sache sich von diesem einen bestimmten Kaufpreis zahlen läßt, anderseits vielleicht aber auch dadurch, daß er sich dem Werkzeug gegenüber von einer Verbindlichkeit befreien will. Dieser Fall kann dann eintreten, wenn der mittelbare Täter dem Werkzeug in irgend einer Weise verpflichtet ist und durch die Aufforderung zur Wegnahme der Sache das Werkzeug in den Glauben versetzt, Eigentümer der Sache zu sein, um so seine Verbindlichkeit zu erfüllen.

Bevor man überhaupt von einer Grenze zwischen diesen beiden Delikten sprechen kann, muß zunächst feststehen, daß durch den angegebenen Sachverhalt tatsächlich die Tatbestände beider Dilekte erfüllt zu sein scheinen. Die Frage des Betruges wird weiter unten näher auszuführen sein, die Annahme von Diebstahl ist von einigen in weitem Umfange bestrittenen grundsätzlichen Fragen abhängig.

II.

Streitfragen des objektiven Tatbestandes des § 242.

Die erste ist die, ob man ein Gewahrsamsverhältnis des Dritten annehmen kann, auch wenn er sich nicht an demselben Ort befindet wie die Sache selbst.

Zu diesem Zweck wird auf den Gewahrsamsbegriff einzugehen sein.

Gewahrsam ist das tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache. Wann ein solches vorliegt, bestimmt sich nach den Anschauungen des Lebens. Erforderlich ist, daß die Sache zugänglich ist, wobei auch eine gewisse Entfernung der Person von der Sache den Gewahrsam nicht aufzuheben braucht, sofern nur „noch eine Beziehung zwischen Herr und Sache derart anerkannt wird, daß der Verwirklichung des Herrschaftswillens zur unmittelbaren Einwirkung keine Hindernisse entgegenstehen oder gestellt werden.“[1]

Bestritten ist weiterhin die Frage, ob zu der tatsächlichen Herrschaftsausübung noch der Beherrschungswille hinzutreten muß. Der weit größere Teil der Literatur[2] ist der Meinung, daß ein räumlich zeitliches Verhältnis der Person zur Sache allein nicht genüge, sondern daß noch ein Beherrschungswille hinzutreten müsse. Das RG.[3] hat das Bestehen eines solchen tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses zum Gewahrsam genügen lassen und ausgesprochen, daß „Gewahrsam ein tatsächlicher Zustand ist, der die äußere Möglichkeit der Herrschaft über eine Sache gewährt, aber nicht notwendig die Kenntnis des Gewahrsamsinhabers von dem Vorhandensein dieser Möglichkeit erfordert.“

Es soll also Gewahrsam „lediglich die tatsächliche Innehabung sein, die Möglichkeit über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen“.[4]

---

1) Ebermayer, § 242 I. 2.
2) Olshausen, 10. Aufl., § 242, Nr. 16; Binding, Lb. § 286 II A 1; v. Liszt, Schmidt, § 127 III; Frank, § 242 IV.
3) RG. 55, S. 212.
4) RG. 56, 207.

In seiner neuesten Auflage[5] hat Olshausen die vorher vertretene Ansicht, daß auch der Beherrschungswille zum Gewahrsam gehöre, aufgegeben und den Willen des Gewahrsamsinhabers nicht für erforderlich gehalten.

Demgegenüber möchte ich mich doch auf den Standpunkt stellen, daß der Wille des Gewahrsamsinhabers erforderlich ist, denn eine Herrschaft über eine Sache kann man nicht ohne einen daraufgehenden Herrschaftswillen ausüben.

Es läßt sich nun der Gewahrsam mit Frank[9] bestimmen „als die tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache, vermöge deren die Person ihren Herrschaftswillen über die Sache in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise zu betätigen vermag."

Es ist aber auch möglich, daß nicht eine einzige, sondern mehrere Personen die tatsächliche Gewalt über eine Sache und den entsprechenden Herrschaftswillen haben.

In diesem Falle spricht man von Mitgewahrsam.

Man unterscheidet dabei „einen gleichgeordneten und einen untergeordneten Gewahrsam".[10] Gleichgeordneter Gewahrsam liegt vor, wenn die mehreren Personen einander gleichberechtigt gegenüberstehen, untergeordneter Gewahrsam dann, wenn mehrere Personen zu einer Sache derart in einem Herrschaftsverhältnis stehen und den Herrschaftswillen haben, daß die übergeordnete Person kraft ihres besseren Rechts die Sache jederzeit der Verfügungsgewalt der anderen entziehen kann.

Ein untergeordneter Gewahrsam ist besonders beim Besitzdiener des § 855 BGB. anzunehmen.

Jedoch ist dabei zu beachten, daß zur Annahme eines Mitgewahrsams bei beiden Teilen die Erfordernisse des Gewahrsams gegeben sein müssen, daß also insbesondere die Sache für beide Teile zugänglich und die Herrschaftsmöglichkeit des Herren trotz des Dazwischentretens der untergeordneten Person fortbestehen muß.

Der Herrschaftswille ist bei beiden Teilen ein verschiedener: Der Herr will die Herrschaft über die Sache für

5) 1. Aufl., § 242, Nr. 16.
6) v. Liszt-Schmidt, § 127 III.
7) Binding, Lb. § 286 II. A 1.
8) Frank, § 242 IV.
9) Frank, § 242 IV.
10) Micelli, S. 74.

sich allein im eigenen Interesse, die untergeordnete Person nur im Interesse des Herren ausüben.

Um den Herrschaftswillen über einen Gegenstand ausüben zu können, ist es nötig, daß die Person auch eine gewisse Macht über die Sache ausüben kann. Die Macht kann physisch ausgeübt werden, d. h. bei Sachen, die sich im unmittelbaren Herrschaftsbereich der betreffenden Personen befinden. Es würde sich dann um die Macht handeln, die jemand bei Anwesenheit im Zimmer über alle in seinem Zimmer befindlichen Sachen ausüben kann.

Dann ist aber auch ein Herrschaftswille möglich an Sachen, die nicht im Bereich des betreffenden liegen, von denen aber der Eigentümer weiß, wo sie sich befinden und er jederzeit in der Lage ist, sich die Sache zugänglich zu machen. Als Beispiel wäre anzuführen der Eigentümer einer Wohnung, der sich außerhalb derselben befindet. Ueber alle Sachen kann der Wohnungsinhaber seine Macht ausüben, da sie sich an dem Mittelpunkt seines Lebens befinden und er jederzeit die Möglichkeit hat dorthin zurückzuführen.

Außerdem ist aber Gewahrsam noch möglich an Sachen, die sich an einem dritten Orte befinden, solange der Eigentümer weiß, wo sich die Sache befindet. Als Beispiel hierfür kann man den Mantel anführen, den ein Gast im Hotel hat hängen lassen.

Komme ich nun auf unseren Fall zurück, so ist die auf Seite 1 gestellte Frage insoweit zu bejahen, als der Dritte noch weiß, wo sich die Sache befindet.

Zu verneinen ist sie dann, wenn der Dritte eine Sache verloren hat, und nicht mehr weiß, wo sie sich befindet.

Was hat man nun unter Wegnahme zu verstehen? Darüber bestehen verschiedene Theorien. Die Kontrektationstheorie, die Ablationstheorie und die Illationstheorie.

Diese Theorien sind aber abzulehnen, da zum Wegnehmen mehr erforderlich ist, als ein Berühren, andererseits aber aus dem Wegnehmen nicht das Erfordernis des Wegschaffens oder gar des Bergens zu ersehen ist.

Dem Wortlaut des Gesetzes gerecht wird die Apprehensionstheorie, die das Wegnehmen als gegeben ansieht, wenn der Täter den eigenen Gewahrsam an der Sache begründet.

Den eigenen Gewahrsam kann aber nur begründen, wer vorher den Gewahrsam des bisherigen Inhabers gebrochen hat.

Die Tatbestandsbehandlung des Diebstahls besteht somit nach Frank[11] darin, „daß der Täter den fremden Gewahrsam bricht und einen anderen an dessen Stelle treten läßt."

Wenn man diese Definition ließt, entstehen Zweifel bezüglich der Frage, welcher Gewahrsam an die Stelle des bisherigen Gewahrsamsinhaber treten soll, ob der des Täters (hier des mittelbaren Täters) oder ob es genügt, wenn ein Dritter den Gewahrsam erlangt.

Es ist daher nötig, um über diese Frage Klarheit zu erlangen, die Literatur und Rechtsprechung heranzuziehen.

Wenn man in der älteren Literatur über diese Frage nachließt, findet man überall Einigkeit darüber, daß zur Annahme eines Diebstahls Begründung des eigenen Gewahrsams erforderlich ist, daß also eine Wegnahme im Sinne des § 242 BGB. nicht vorliegen kann, wenn nur das Werkzeug, nicht der mittelbare Täter den Gewahrsam an der Sache erlangt.

So ist nach Ebermayer[12] die Wegnahme eine Tätigkeit mit doppeltem Gesicht, sie bringt die Sache weg vom bisherigen Besitzer und nimmt sie nunmehr in eigenen Besitz. Daraus erfolgt, daß auch nach Ebermayer zur Beseitigung des fremden Gewahrsams noch die Erlangung des eigenen Gewahrsams hinzukommen muß, also der mittelbare Täter keinen Diebstahl begeht, wenn die von ihm als Werkzeug benutzte Person eigenen Gewahrsam bei der Sache des Dritten erlangt.

Dieselbe Ansicht vertritt Gerland[13], der Diebstahl verneint, „wenn jemand eine Sache, die nicht in seinem Gewahrsam steht, in den Gewahrsam eines Dritten gelangen läßt."

von Liszt-Schmidt[14] sieht in der Wegnahme „Brechen des Fremden und Begründen des eigenen Gewahrsams." Von dem Streit, ob Begründung eignen oder eines Gewahrsams erforderlich ist, hängt nach seiner Meinung die Ent-

11) Frank, § 242 VI, 1.
12) Ebermayer, § 242 I 5a.
13) Gerhard, § 154 II 1. b.
14) § 127 IV u. Anmerk. 13.

scheidung darüber ab, ob Diebstahl oder Betrug vorliegt, wenn jemand eine fremde, im Gewahrsam des Eigentümers stehende Sache durch den gutgläubigen Käufer unmittelbar aus dem Gewahrsam des Eigentümers abholen läßt."

Auch Wachenfeld[15] ist der Meinung, daß eine Sache nicht schon dann weggenommen ist, wenn sie aus fremden Gewahrsam weggeschafft, sondern erst, wenn sie in den Gewahrsam des Täters aufgenommen ist.

Olshausen vertritt in den ersten zehn Auflagen die eben angeführte Meinung. Auch das RG. in seinen älteren Entscheidungen hatte eine Streitfrage darin nicht erblickt, und sich auf den Standpunkt gestellt, daß in der Gewahrsamserlangung eines Dritten (also des Werkzeuges) eine Wegnahme im Sinne des § 242 nicht zu sehen ist. „Der Tatenstand des § 242 erfordert Wegnahme in der Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, also ein Ergreifen und Erlangen des Gewahrsams bezw. der Verfügungsgewalt über die Sache seitens des Täters als Betätigung seines Vorsatzes, sich die Sache anzueignen und darüber für sich zu verfügen."[16]

Liest man die neuste Literatur nach, so findet man, daß sich die Ansichten über diese Frage geändert haben, daß es also eine Meinung gibt, die nicht mehr Begründung eigenen Gewahrsams für notwendig hält, sondern sich mit der Begründung eines Gewahrsams begnügt.

Auf diesem Standpunkt steht in der Literatur Meyer Allfeld,[17] der sagt, „daß es nicht nötig ist, daß die Sache grade in den eigenen Gewahrsam des Täters gebracht wird."

Ferner hat auch Olshausen in seiner neusten 11. Auflage, wenn auch nicht direkt, so doch indirekt sich auf diesen Standpunkt gestellt, wenn er sagt: „Die Ansicht in Kommentar 10 wird aufgegeben."

Auch die Rechtsprechung des RG. hat ihre alte Meinung aufgegeben und in den neueren Entscheidungen[18] für die Gewahrsamsbegründung als ausreichend bezeichnet, wenn ein Dritter an den gestohlenen Sachen Gewahrsam erlangt.

Dem neueren Standpunkt ist der Vorzug zu geben.

---

15) S. 373.
16) RG. 21, S. 110/11.
17) S. 456, Nr. 4.
18) 47, S. 149, 48, 58.

Es begeht also auch der mittelbare Täter Diebstahl, wenn er sich eines Dritten, also eines Werkzeugs bedient und dieser Dritte den fremden Gewahrsam bricht und eigenen Gewahrsam erlangt, also die fremde Sache wegnimmt. Versteht doch gerade das Gesetz unter Wegnahme die Aufhebung des Gewahrsams eines anderen und die sich daran schließende Erwerbung eines Gewahrsams.

Das Werkzeug erlangt in diesem Falle eigenen Gewahrsam nicht aus eigenem Antrieb, sondern auf Betreiben des mittelbaren Täters. Es ist nur seine verlängerte Hand, deren er sich zur Wegnahme bedient, um nicht Dienst in eigener Person verwirklichen zu brauchen.

Man würde der Auslegung des Gesetzes Zwang antun, wollte man in solchem Falle verneinen, daß der mittelbare Täter sich des Diebstahls schuldig gemacht hat.

Wer wie der mittelbare Täter sich unter Benutzung eines Dritten als Werkzeug eine Sache wegnimmt, muß logischerweise so behandelt werden, als ob er die Sache selbst weggenommen hat.

Erklärt der Gesetzgeber aber die Wegnahme aus § 242 für strafbar, so ist es gleichgültig, ob der Täter mittelbar oder unmittelbar den Gewahrsam an der weggenommenen fremden Sache erlangt. Nachdem festgestellt ist, daß die Gewahrsamserlangung eines Dritten genügt, um den Tatbestand des § 242 BGB. zu erfüllen, man also im vorliegenden Falle eine Diebstahlshandlung anzunehmen hat, trotzdem A garnicht den Gewahrsam an der betreffenden Sache erlangt, soll nun diese Streitfrage noch unter einem anderen Gesichtspunkte betrachtet werden, nämlich unter dem Gesichtspunkte:

Wie stellt sich der Entwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch zu der bereits erörterten Frage der Gewahrsamserlangung?

Es handelt sich um den Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches vom 14. Mai 1927.

Bei der Wichtigkeit dieses Entwurfs und der Möglichkeit der Annahme desselben als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich halte ich es für bedingt nötig, zu untersuchen, ob die keineswegs geklärte Frage der Gewahrsamserlangung ihre endgültige Klärung im Entwurf finden soll. Wie im bisher geltenden Strafgesetzbuch von 1871 finden

sich die Vorschriften über den Diebstahl im besonderen Teil und zwar in §§ 328 ff. des 26. Abschnitts.

In § 328 heißt es:

Wer eine fremde, bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, sich oder einen Dritten durch Zueignung der Sache unrechtmäßig zu bereichern, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

Zur besseren Unterscheidung soll hier auch § 242 des geltenden Strafgesetzbuches zitiert werden: „Wer eine fremde, bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft."

Beim Lesen der beiden Bestimmungen ergeben sich die Unterschiede.

Während § 242 BGB. davon spricht, daß der Täter die Sache sich selbst rechtswidrig zueignen muß, finden wir in § 328 a unsere Streitfrage geklärt, indem § 328 Entwurf wegen Diebstahls bestraft, wer eine fremde, bewegliche Sache einem andern wegnimmt, in der Absicht, sich oder einen Dritten durch Zueignung der Sache unrechtmäßig zu bereichern.

Es würde somit die Gewahrsamserlangung bei Annahme des Entwurfs als Strafgesetzbuch keine Streitfrage bilden, sondern ohne Bedenken der A wegen Diebstahls zu bestrafen sein.

Es soll nun auch noch der andere Unterschied zwischen § 242 StGB. und § 328 Entwurf behandelt werden.

Der Unterschied zwischen den beiden §§ liegt in der Frage der Bereicherung. Während § 242 StGB. nichts von bereichern erwähnt, fordert § 328 Entwurf die Absicht der Bereicherung, den Animus lucri faciendi, also in subjektiver Beziehung die Absicht sich durch die Wegnahme zu bereichern.

Dazu schreibt Frank[19]: Bereicherungsabsicht gehört nicht zu einem Tatbestand. Diebstahl kann der Täter mithin auch dann begehen, wenn er gleichzeitig den Wert ersetzt. Dagegen fordert der Entwurf die Absicht, sich oder einen Dritten rechtswidrig zu bereichern."

Der Gesetzgeber hat die Wegnahme für strafbar erklärt, wobei es ihm sicherlich gleichgültig war, ob der Täter oder

19) Frank, § 242, VII 2 c.

eine dritte Person den Gewahrsam an der gestohlenen Sache erlangt.

Nachdem die zweifelhaften Fragen des objektiven Tatbestandes geklärt sind, sollen einige bestrittene Fragen des subjektiven Tatbestandes behandelt werden.

III.

Streitfragen des subjektiven Tatbestandes.

Da ist zuerst auf den Begriff des Vorsatzes einzugehen, der das erste Erfordernis des subjektiven Tatbestandes bildet.

Was bedeutet Vorsatz?

Der Begriff des Vorsatzes ist vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt.

In der Wissenschaft bestehen zunächst zwei Hauptrichtungen und zwar muß man die Vorstellungs- und Willenstheorie unterscheiden.

Daneben besteht aber unabhängig von den genannten Theorien noch eine weitere Meinungsverschiedenheit darüber, ob zum Begriffe des Vorsatzes das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört.

Auf dem Standpunkt der Vorstellungstheorie steht besonders Frank,[20] der den Vorsatz als „die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände" bezeichnet.

Nach der Willenstheorie ist dagegen Vorsatz „das Wissen und Wollen sämtlicher Deliktsmerkmale."

Diese Theorie wird vertreten von von Buri[21] und dem RG.[22]

Wie von allen Seiten gefordert wird, ist zunächst eine gewisse Vorstellung seitens des Täters über die im gegebenen Falle wesentlichen Tatumstände erforderlich. Er muß den herbeizuführenden Erfolg voraussehen.

Die Voraussicht des Erfolges begründet jedoch keine Verantwortlichkeit des Täters.

Es muß der Wille dazu kommen. In dem bewußten Setzen des objektiven Tatbestandes liegt noch nicht der rechts-

---

20) Frank, § 59 I.
21) G.S. 43, S. 241 ff.
22) 26, 242; 39, 6.

widrige Vorsatz, denn der Täter kann überzeugt sein, den Tatbestand einer rechtsmäßigen oder unverbotenen Handlung zu verwirklichen.[23] Es muß also das Delikt vorsätzlich begangen werden, beim Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hinzukommen, um die Tatbestände des Diebstahls vollkommen zu erfüllen.

Was bedeutet nun Bewußtsein der Rechtswidrigkeit?

Daß hierunter nicht Kenntnis des Strafgesetzbuches zu verstehen ist, wird allgemein anerkannt, vielmehr genügt es, wenn sich der Täter bewußt war, die in betracht kommende Pflicht gegenüber der Gesamtheit der Rechtsgenossen zu verletzen, die durch irgend eine Rechtsnorm begründet ist.[24]

Sowohl vom Standpunkt der Vorstellungstheorie als auch nach der Willenstheorie wird man im gegebenen Falle Vorsatz anzunehmen haben.

Eine weiter zu behandelnde Frage würde die sein, wie man zur Bejahung des im § 242 zitierten Passus kommt, nämlich, daß die Absicht des Täters grade darauf gerichtet sein muß, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen. Unter Absicht versteht das Gesetz im Sinne des § 242, daß der Täter sich zu seiner Handlung dadurch bestimmen läßt, daß ein Erfolg, wie er sich ihn vorgestellt, beim Diebstahl die rechtswidrige Zueignung, von ihm auch verwirklicht werden kann oder wird.

Was bedeutet Zueignen?

Ueber den Begriff der Zueignung herrscht in der Rechtsprechung wie in der Praxis keine Einigkeit.

Der Wortlaut des Gesetzes scheint unter Zueignung zu verstehen, daß derjenige, der sich die Sache zueignet, Eigentum an der Sache gewinnt.

Nun ist es aber unmöglich, auf Grund eines Deliktes Eigentümer zu werden. Der Dieb einer Sache kann nie Eigentum an ihr erlangen, sondern er erstrebt nur die Gewalt über die Sache, die es ihm ermöglicht, in jeder Weise über die Sache zu verfügen.

Die herrschende Meinung[25] und die Rechtsprechung bestimmen die Zueignung formell als Ausübung des Eigentum=

23) Binding, Normen III, 2, S. 815—817.
24) Ebermayer, Einl. X, 2.
25) Der Zueignungsbegriff von Sauer im Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Berlin 1817.

inhalts oder als Betätigung des Eigentümerwillens oder als Verfügung, die ausschließlich zur Zuständigkeit des Eigentümers gehört.

Nach dieser Ansicht, die „den Zueignungsbegriff vom formalistischen Standpunkte aus bestimmt, ist Zueignung, Herstellung des Eigentümerverhältnisses“.[26]

Es ist daher mit Olshausen[27] unter dieser Eigentumsdeliktstheorie zu verstehen, daß die „Sache dem Verletzten dauernd entzogen und an ihr selbst der Gesamtinhalt derjenigen Befugnisse ausgeübt wird, die der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts ausübt.“

Auf der anderen Seite wird die Zueignung aufgefaßt als „Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Wert nach in der Absicht, andere davon auszuschließen“.[28]

Diese Theorie steht aber im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes, das von einem Zueignen spricht und durch nichts daraufhin deutet, daß der wirtschaftliche Wert für den Zueignungsbegriff entscheidend sein soll.

Außerdem führt sie aber bei der Durchführung zu unbefriedigenden Ergebnissen.

Erwähnt sei nur, daß nach ihr auch die Entziehung zu vorübergehendem Gebrauch manchmal als Diebstahl bestraft werden müßte.

Dann versagt sie auch bei bloßem Verschenken oder Weitergeben, da doch der Täter keinen wirtschaftlichen Wert, sondern höchstens einen idealen erlangt. Zu brauchbaren Ergebnissen führt dagegen stets die Eigentumsdeliktstheorie, wie zahlreiche Entscheidungen des RG.[29] zeigen.

Aus diesen Erwägungen heraus ist der letztgenannten Theorie der Vorzug zu geben.

Ich komme zurück zu der Frage der Absicht der „rechtswidrigen Zueignung.“

Dies ist zwar der Fall, wenn der Täter die fremde Sache unter denbereits erörterten Voraussetzungen selbst an sich nimmt.

Es handelt sich aber um die Frage, ob man hiervon auch beim mittelbaren Täter sprechen kann, wenn das Werkzeug, dessen er sich bedient hat, die Sache an sich genommen

26) Zimmer, S. 7.
27) Olshausen, 10. Aufl., § 242, Nr. 28.
28) Frank, § 242 VII.
29) RG. 10, 371! 12, 89; 35, 756.

hat. Diese Frage ist zu bejahen, da doch der mittelbare Täter nur, um die Ausführungshandlung nicht selbständig vornehmen zu brauchen, sich einer andern Person bedient, aber mit dem, was das Werkzeug, dessen er sich bedient hat, einverstanden erklärt, sich also mit dessen Tun identifiziert hat.

In diesem Zusammenhang soll auf den Begriff der mitt. Täterschaft eingegangen werden. Der Fall der mitt. Täterschaft ist im Gesetz nicht erwähnt. „Mittelbarer Täter ist wer vorsätzlich veranlaßt, daß der obige Tatbestand einer Straftat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, der diese Tat meist selbst vorsätzlich begeht, oder nicht zurechnungsfähig ist."[30]

„Dies entspricht der Rechtsprechung des RG., wonach der Täter den Tatbestand nicht unmittelbar selbst verwirklicht zu haben braucht, sondern es zulässig ist, daß er sich eines anderen bedient, der zu dessen Verwirklichung ohne Tätervorsatz, sei es als willenloses, sei es als gutgläubiges, sei es als doloses Werkzeug mitwirkt."[31]

Da der mittelbare Täter sich nach der gestellten Aufgabe eines Werkzeugs (des unmittelbaren Täters) fast ausschließlich nur dann bedienen wird, wenn er selbst einen Vorteil haben will, sei es, daß das Werkzeug ihm für die Erlangung der im Besitz des Dritten befindlichen Sache einen Kaufpreis bezahlt hat oder dadurch eine Schuld getilgt wird, erhebt sich die Frage, ob der mittelbare Täter seinem Werkzeug gegenüber durch die Handlungsweise Betrug begeht, denn das Werkzeug bekommt für den dem mittelbaren Täter gegebenen Wert ja in diesem Falle keinen rechtsbeständigen Gegenwert. da ja das durch das Werkzeug erlangte durch eine strafbare Handlung erlangt ist.[32]

Diese Frage zu untersuchen, liegt jedoch nicht im Rahmen der gestellten Aufgabe, da sie mit ihr in keinem Zusammenhang steht.

Während also die Erfordernisse des Gewahrsamsbruchs und der Gewahrsamsbegründung nicht durch den Täter persönlich, sondern durch das Werkzeug verwirklicht werden, darf in subjektiver Beziehung das Werkzeug nur den Willen

30) Ebermayer, Einleitung IX, 4.
31) Ebermayer, Einleitung IX, 4.
32) Harburger, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, S. 207, Anmerk. II.

haben, Gewahrsam daran zu begründen, da eine Gewahrsamsbegründung ohne den entsprechenden Willen nicht denkbar ist.

Dagegen braucht das Bewußtsein, daß durch die Gewahrsamsbegründung der Gewahrsam eines anderen gebrochen wird, nicht auf der Seite des Werkzeugs vorhanden zu sein.

Das Bewußtsein des Gewahrsamsbruchs gehört nicht zum objektiven, sondern zum subjektiven Tatbestand des Diebstahls, braucht also nicht beim Werkzeug, das ja nur den objektiven Tatbestand verwirklicht, sondern nur beim mittelbaren Täter vorzuliegen.

Es ist am Anfang gesagt worden, daß rein äußerlich genommen, durch den angegebenen Tatbestand die Tatbestände zweier Delikte erfüllt werden, der des Diebstahls und der des Betruges.

Im vorhergehenden Teil sind die Streitfragen, die bei der Annahme eines Diebstahles entstehen können, erläutert und festgestellt worden, daß ohne Zweifel in der Aufforderung an eine Person sich die einem Dritten gehörige Sache anzueignen, eine Diebstahlshandlung liegt.

IV.

Streitfragen des objektiven Tatbestandes des § 263.

Es wird nun in folgendem auf die Frage einzugehen sein, welche Streitfragen sich für die Annahme einer Betrugshandlung ergeben.

Wenn dem Dritten durch das Werkzeug die Sache entzogen wird, so liegt ohne Zweifel der Fall einer Besitzentziehung vor und zwar insofern, als der Dritte zwar den Besitz an der Sache, aber niemals das Eigentum an seiner Sache verliert, da gemäß der Vorschrift des § 935 BGB. an Sachen die dem unmittelbaren Besitzer gegen seinen Willen abhanden kommen, niemand, selbst nicht einmal bei gutem Glauben, Eigentum erwerben kann. Es handelt sich also um eine Besitzentziehung.

Im Zusammenhang mit dem eben genannten wird nun auf die Streitfrage einzugehen sein, ob im Tatbestand eine Betrugshandlung dadurch begangen werden kann, daß

dem Eigentümer einer Sache der Besitz an derselben entzogen worden ist.

Will man eine Entscheidung in der Sache treffen, so wird es notwendig sein, auf den Begriff des Vermögens einzugehen, da der Begriff des Vermögens zwar in dem Rechtsgebiet recht oft vorkommt, aber nirgends eine Definition des Begriffs gegeben wird.

Es haben sich in der Rechtswissenschaft im wesentlichen zwei Theorien entwickelt, deren eine den Begriff des Vermögens in rechtlicher, die andere nach wirtschaftlichem Gesichtspunkte bestimmt.

Vertreter der Theorie, daß das Vermögen nach rechtlichem Gesichtspunkte zu bestimmen ist, ist Binding.

Vertreter der anderen Theorie, nämlich der, daß man das Vermögen nach wirtschaftlichem Gesichtspunkte zu bestimmen hat, insbesondere das RG.

Es wird auf die beiden Theorien einzugehen und zu untersuchen sein, welcher Theorie der Vorzug zu geben ist.

Binding[33] bezeichnet als Vermögen die Summe aller Vermögensrechte und Pflichten eines Rechtssubjektes. Es folgt daraus, daß das Vermögen nie im Ganzen, sondern stets nur in seinen Bestandteilen angegriffen werden kann.

„Daher ist jede Verletzung eines Vermögensrechtes zugleich eine Vermögensverletzung, selbst wenn gleichzeitig an anderer Stelle ein Rechtszuwachs eintritt.“ „Auf den Geldwert komme es dabei nicht an“,[34] denn auch an wertlosen Sachen bestehen Rechte, auch sie bilden Vermögensbestandteile.

Eine Vermögensbeschädigung kann demnach nur bei einer Verletzung von Vermögensrechten vorliegen[35] und zwar ist dies der Fall bei einer nachteiligen Veräußerung oder Aufgabe von Rechten, bei Nichtgeltendmachung derselben oder bei einer Belastung mit Pflichten.[36]

Nach Binding muß also der Schaden stets sein ein Schaden im Rechtssinne.[37]

Demgegenüber lassen die Vertreter der Gegenansicht, insbesondere das RG., die rechtlichen Gesichtspunkte zurück-

---

33) Binding, Lehrb. S. 238.
34) Binding, Lehrb. S. 239.
35) Binding, Lb. S. 352.
36) Binding, Lb. S. 353/4.
37) Binding, Lb. S. 355.

treten und legen den größeren Wert auf die wirtschaftlichen Gesichtspunkte.

Diese Vertreter der wirtschaftlichen Werttheorie sehen in dem Vermögen nicht nur eine Summe einzelner Bestandteile, sondern eine Einheit, und erblicken in dieser Einheit den Gesamtwert aller Vermögensbestandteile.

So bezeichnet z. B. das RG.[38] das Vermögen als die Summe der geldwerten Güter einer Person, von Liszt[39] als den Begriff der (rechtlichen geschützten) geldwerten Güter, Ebermayer[40] als die Summe alles dessen, was für eine Person einen in Geld ausdrückbaren wirtschaftlichen Wert hat.

Es ist natürlich, daß die Anhänger dieser Theorie zu wesentlich anderen Ergebnissen kommen, als Binding.

Da der Geldwert der maßgebende Teil des Vermögensbegriffes ist, ist es einerseits möglich, daß Rechte nicht als Vermögensbestandteile anzusehen sind, nämlich dann, wenn sie z. B. als uneintreibbare Forderungen wertlos sind.

Andererseits können Ansprüche, auch wenn sie vom Rechte nicht anerkannt sind und infolgedessen auch nicht geschützt sind, nach den Verkehrsanschauungen sehr wohl einen bestimmten Wert haben, man denke z. B. an Ansprüche aus Spiel und Wette und bilden infolgedessen Vermögensbestandteile.

Würdigung der beiden Theorien.

Um sich nun für die eine oder die andere Theorie entscheiden zu können, wird man davon auszugehen haben, daß der Vermögensbegriff nicht einen Rechtsbegriff d. h. einen vom Rechte geschaffenen Begriff darstellt, sondern daß es sich um einen vom Rechte nur angewandten bereits vorhandenen Begriff des Wirtschaftslebens[41] handelt.

Wenn die Rechtswissenschaft ihrer Aufgabe, diesen vorhandenen wirtschaftlichen Begriff vom Rechtsstandpunkt festzustellen, gerecht werden will, muß sie natürlich ihn als Grundlage ihrer Betrachtungen benützen.

Der Vorzug ist daher derjenigen Theorie zu geben, die sich am engsten an den wirtschaftlichen Begriff anlehnt.

Was wird denn nun nach den Anschauungen des Wirtschaftslebens unter Vermögen verstanden?

38) RG. 44, S. 233.
39) Lehrb. S. 488.
40) Ebermayer, § 263, Nr. 6.
41) Ebermayer, § 263, Nr. 6.

Geht man von der sprachlichen Bedeutung aus, so hat Vermögen derjenige, der etwas vermag, der fähig ist, im Leben etwas auszurichten, der die Macht hat.

Macht hat aber im Wirtschaftsleben nur derjenige, hinter dem das nötige Geld oder in Geld abschätzbare Werte stehen.

Auf Rechte wird weniger Wert gelegt. So wird man wohl niemanden als vermögend bezeichnen, der zwar hohe Forderungen gegen Dritte hat, diese aber aus irgend einem Grunde nicht geltend machen kann.

Genügt hier bei Fehlen des Geldwertes das Vorhandensein eines formellen Rechts nicht, um nach den Verkehrsanschauungen von Vermögen sprechen zu können, so braucht im umgekehrten Falle das Fehlen des Rechtes die Annahme eines Vermögensbestandteiles nicht auszuschließen. So wird z. B. nach § 762 BGB. durch Spiel und Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet, der Gewinner hat also nicht die Möglichkeit die Bezahlung der Schuld auf dem Rechtswege zu erzwingen.

Trotzdem wird man aber im allgemeinen mit Sicherheit damit rechnen können, daß er seinen Gewinn erhält.

Infolgedessen sieht man im Wirtschaftsleben solche Forderungen als sicher an und erkennt ihnen wegen dieser Sicherheit einen Geldwert zu.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß die Theorie Bindings mit ihrer einseitigen Betonung des Rechtsstandpunkts den Anschauungen des Wirtschaftslebens widerspricht, daß dagegen die wirtschaftliche Wertstheorie auf dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff aufgebaut ist und somit zum mindesten den richtigen Ausgangspunkt gewährt hat.

Es ist somit der wirtschaftlichen Wertstheorie der Vorzug zu geben. Sie ist also auch bei der Untersuchung, ob Betrug durch Besitzentziehung verübt werden kann, zugrunde zu legen.

Besitz als Vermögensbestandteil.

Die Anhänger der wirtschaftlichen Wertstheorie betonen, daß in der Besitzentziehung eine Vermögensbeschädigung liegen kann, erkennen also dem Besitze Geldwert zu.[42]

Dieser Meinung ist beizutreten, denn wenn der Besitz auch selbst nach herrschender Meinung[43] kein Recht an

42) Ebermayer, § 263, 6 a; Frank, § 263, 6 a; Schwartz, § 263, Nr. 7 d.
43) RGK. Vorbem. zu § 854 u. § 854, Nr. 1.

der Sache ist, so ist er doch ein wesentlicher, ja ausschließlicher Faktor zur Verwirklichung des an der Sache bestehenden Rechts.

Trennt er sich von diesem, sodaß jede tatsächliche Beziehung des Berechtigten zur Sache aufgehoben wird, der Berechtigte also auch nicht nur mittelbarer Besitzer bleibt, so ist zwar die Rechtslage unverändert, denn das Recht an der Sache mit den sich daraus ergebenden Ansprüchen besteht nach wie vor weiter, es fehlt aber jetzt mit dem Besitz der Umstand, der das Recht gleichsam verkörpert.

Die Folge ist, daß das Recht im Wirtschaftsleben nicht mehr den gleichen Wert repräsentiert wie vorher. Das zeigt sich deutlich dann, wenn der Berechtigte sein Recht übertragen, z. B. verkaufen will.

Die Uebertragung kann hier nur durch Abgabe des Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB. erfolgen. Dieser Anspruch entbehrt also dann praktisch jeder Bedeutung, wenn der jetzige Besitzer unbekannt ist und selbst, wenn er bekannt ist, wird der Eigentümer keineswegs einen so hohen Kaufpreis erzielen, als wenn er die Uebereignung durch Besitzübertragung hätte vollziehen können.

Abgesehen von dieser bloß mittelbaren Folge der Besitzentziehung ist aber der Berechtigte unmittelbar durch sie auch insofern geschädigt, als er, wie das RG.[44] sagt, außerstande gesetzt wird, über einen Bestandteil seines Vermögens tatsächlich nach seinem Belieben und nach seinem Nutzen zu verfügen, da eben die Möglichkeit tatsächlicher Verfügung und Verwertung des detinierten Gutes die unmittelbare Folge des Besitzes ist.

Dagegen kann der Schaden, der erst infolge des späteren Gebrauchs der Sache dadurch entsteht, daß sie sich abnützt und infolgedessen an Wert verliert, zum Beweise einer durch die Besitzentziehung verursachten Vermögensschädigung nicht herangezogen werden, denn dieser Schaden wird nicht durch die Besitzentziehung, sondern durch den nachträglichen Gebrauch verursacht und ob die Sache gebraucht wird oder nicht, ist für den Schaden insofern gleichgültig, als dem ursprünglichen Besitzer diese Möglichkeit auch dann nicht mehr zusteht, wenn der jetzige Besitzer die Sache unbenutzt liegen läßt.

44) RG. 1, S. 55.

Alles das läßt Eckstein außer Betracht, wenn er aus seiner Definition des Werts, als der Möglichkeit künftigen Genusses folgert, daß das Haben eines Gegenstandes vom Vermögensbegriff vollständig auszuscheiden ist.[45]

Im übrigen ist dieser Schluß meines Erachtens auch nicht folgerichtig.

Der Genuß einer körperlichen Sache liegt wesentlich in ihrem Gebrauch. Die Möglichkeit ihres Gebrauches wird aber gerade durch den Besitz gewährt. Dieser bedeutet also nicht bloß eine größere Gewähr für den künftigen Genuß, wie Eckstein behauptet.

Allerdings ist ihm darin Recht zu geben, daß die Möglichkeit künftigen Genusses auch bestehen kann, ohne daß man die Sache bereits im Besitz hat. Das wäre z. B. der Fall, wenn man eine Forderung gegen einen Dritten auf Leistung der Sache hat.

Aber auch hier liegt die Möglichkeit eines Genusses eben darin, daß man auf Grund der Forderung den Besitz übertragen hält.

Nach seiner Definition müßte daher Eckstein meines Erachtens dem Besitz grade den Geldwert zuerkennen.

Eine Vermögensbeschädigung kann nur dann vorliegen, wenn die oben geschilderten Voraussetzungen des Geldwertes gegeben sind, und es soll jetzt geprüft werden, für welche Fälle das zutrifft.

Der Fall einer Vermögensbeschädigung liegt zunächst vor, wenn dem Eigentümer der Besitz irgend eines Gegenstandes entzogen wird, da dieser hierdurch die Möglichkeit des tatsächlichen Gebrauchs und der Nutzung der Sache verliert. Ferner wird er in der Ausübung seines Eigentumsrechts insofern beschränkt, als er nicht mehr in der Lage ist, die Sache durch Besitzübertragung zu übereignen und daher auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs im Sinne des § 931 BGB. angewiesen ist.

Auch in einer nur vorübergehenden Besitzentziehung ist meines Erachtens eine Vermögensbeschädigung zu sehen, denn zum mindesten verliert der Eigentümer für diese Zeit die Möglichkeit des Gebrauchs und der Nutzung der Sache und damit ist das Merkmal des Vermögensschadens gegeben.

45) G.A. Band 58, S. 70.

Freilich wird dieser kleiner sein, als im Falle dauernder Besitzverluste, damit wird aber an seinem Vorhandensein nichts geändert und auf die Größe des eingetretenen Schadens kommt es beim Betrug nicht an.

Ebenso wie der Eigentümer, werden auch der Nießbraucher, Pächter, Mieter, Entleiher durch eine Besitzentziehung geschädigt.

Ihnen allen steht auf Grund ihres Rechtes der Gebrauch und die Nutzung bezw. nur der Gebrauch der Sache zu (§§ 1030, 535, 581, 98 BGB.).

Um das zu ermöglichen, ist ihnen der Besitz der Sache übertragen. Durch diesen Verlust wird daher die Ausübung ihres Rechts, sei es vorübergehend, sei es für immer unmöglich und dadurch dieses selbst faktisch wertlos.

Dagegen hat der Besitz der hinterlegten Sache für den Verwahrer keinen Geldwert. Freilich erlangt auch er, wie jeder andere Besitzer die tatsächliche Möglichkeit des Gebrauchs der Sache, rechtlich steht ihm aber diese Möglichkeit im Gegensatz zum Mieter, Pächter usw. nicht zu. Denn der wirtschaftliche Zweck des Verwahrungsvertrages ist ausschließlich das Interesse des Hinterlegers; ein Nutzen aus der Sache für den Verwahrer, damit also auch eine durch diesen im eigenen Interesse erfolgende Benutzung ist daher mit der Natur des Vertrages unvereinbar.

Nimmt also der Verwahrer unter Verletzung seiner Verpflichtungen die hinterlegte Sache in Gebrauch und wird ihm dann vorübergehend oder dauernd der Besitz entzogen, so ist er deswegen nicht beschädigt, weil er keinen Anspruch auf eine künftige Benutzung der Sache hat.

Ebenso wie beim Verwahrer liegt die Sache auch beim Pfandgläubiger, wenn ihm der Besitz der Sache nur vorübergehend entzogen wird, denn auch er ist zum Gebrauch der Pfandsache nicht berechtigt. Der Besitz soll ihm nur die Möglichkeit des Pfandverkaufs gewährleisten, falls der Schuldner bei Fälligkeit der Forderung diese nicht begleicht.

Hat daher der Gläubiger den Besitz des Pfandobjekts zur Zeit der Fälligkeit wieder erlangt, so kann von einer Vermögensbeschädigung nicht gesprochen werden.

Ist demnach bei vorübergehender Besitzentziehung eine Vermögensbeschädigung des Pfandgläubigers nicht ausge-

schlossen, so ist eine solche bei dauerndem Verlust stets gegeben, denn in diesem Falle wird das Pfandrecht inhaltslos, da seine Verwirklichung im Wege des Pfandverkaufs und die Befriedigung aus dem Erlöse unmöglich geworden ist.

Es soll nun noch untersucht werden, ob eine Vermögensbeschädigung auch dann anzunehmen ist, wenn der Besitzer neben sich noch einen anderen die tatsächliche Gewalt über die Sache ausüben läßt, ihm also den Mitgewahrsam einräumt, sei es, daß er ihn zivilrechtlich ausgedrückt, entweder zum Mitbesitzer oder zum Besitzdiener macht.

Mitbesitz liegt vor, wenn eine Mehrheit von Personen die tatsächliche Gewalt in der Weise hat, daß ein jeder von ihnen die ganze Sache besitzt, in seinem Besitz jedoch durch den gleichen Besitz der übrigen beschränkt ist.[46]

Es bestehen dabei zwei Möglichkeiten.

Entweder die Sache ist jedem einzelnen unbehindert zugänglich, die Herrschaft des einzelnen jedoch wegen der gleichen Lage der Mitbesitzer keine ausschließliche oder die Sache ist jedem nur in Gemeinschaft mit den übrigen Mitbesitzern zugänglich.[47]

In jedem Falle ist aber der ursprüngliche Besitzer infolge des Vorhandenseins der gleichberechtigten Mitbesitzer nicht mehr in der Lage, die tatsächliche Gewalt allein und ausschließlich auszuüben, wie er es als Alleinbesitzer tun konnte.

Seine Vermögenslage hat sich also im Vergleich zu dem bisherigen Zustande verschlechtert, d. h. sein Vermögen ist durch die Einräumung des Mitbesitzes geschädigt.

Im Verhältnis zum Besitzdiener ist die Stellung des Besitzherren also günstiger als dem Mitbesitzer gegenüber; denn während der Mitbesitzer die tatsächliche Gewalt aus eigenem Rechte und für sich selbst ausübt, ist der Besitzdiener lediglich Stellvertreter des Besitzherrn und übt als solcher die tatsächliche Gewalt nur für diesen aus. Auch ist der Besitzer auf Grund des Abhängigkeitsverhältnisses jederzeit in der Lage, die tatsächliche Gewalt wieder zu entziehen.

Solange das aber nicht geschieht, hat der Besitzdiener infolge seiner tatsächlichen Beziehungen zu der Sache die

46) Entsch. des RG. in Zivilsachen, 13, 79.
47) RGK., § 866 I.

Möglichkeit nicht nur zu Gunsten seines Herren, sondern auch nach seinem Belieben und zu seinem Nutzen tatsächlich über die Sache zu verfügen und darin ist ein Vermögensvorteil zu erblicken, der sich auf der Seite des Besitzherrn als ein Nachteil darstellt.

Es ist also auf Grund der vorhergehenden Untersuchung festzustellen, daß zwar nicht immer in der vorübergehenden, dagegen stets in der dauernden Besitzentziehung eine Vermögensbeschädigung liegen wird.

Durch die dauernde Besitzentziehung des Gegenstandes durch den Dieb gehört dieser Gegenstand selbstverständlich nicht zum Vermögen des Diebes, aber eine Vermögensbeschädigung auf Seiten dessen, dem dieser Gegenstand weggenommen wird, liegt aber darin, daß dieser über ihn, obwohl er eigentlich noch zu seinem Vermögen gehört, nicht mehr verfügen kann. Nur der letztere kommt bei den den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildenden Fällen in Betracht.

In den hier zur Rede stehenden Fällen wird daher die Frage der Vermögensbeschädigung für die Annahme des Vorliegens von Betrug kein Hindernis sein.

V.

Streitfragen des subjektiven Tatbestandes des § 263.

Bei Untersuchung des subjektiven Tatbestandes des § 263 könnten Zweifel auftauchen, was der Gesetzgeber darunter versteht, es müsse die Absicht vorhanden sein „sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen."

Unter Absicht ist der auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Wille zu verstehen.

Es muß also bei Betruge der Wille des Täters gerade auf die Herbeiführung der Bereicherung gerichtet sein.

Die Erlangung des rechtswidrigen Vermögensvorteils muß das Ziel der Handlung sein. „Es genügt nicht schon das bloße Bewußtsein, daß die Tat einen solchen Vorteil zur Folge haben werde."[48]

48) Frank, § 263, VII 3.

Es fragt sich nun auch weiterhin, was man unter Vermögensvorteil zu verstehen hat und in welchen Fällen ein Vermögensvorteil als rechtswidrig zu betrachten ist.

Vermögensvorteil stellt sich als „jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage, jede Vermehrung des Gesamtvermögenswertes dar, mag es sich auch nur um die Erlangung eines geringwerten Verzehrungsgegenstandes handeln."[49]

Bezüglich der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils ist unbestritten, daß sie dann nicht vorliegen kann, wenn auf seine Erlangung ein Anspruch besteht.[50]

Wodurch wird nun die Rechtswidrigkeit begründet?

Es gibt darüber 2 Ansichten: „Nach der einen ist ein Vorteil schon dann rechtswidrig, wenn man kein Recht auf ihn hat, „wenn es also keine bürgerlich oder öffentlich rechtlichen Grundsätze gibt, die ihn begründen."[51]

Diese Meinung ist in der Praxis herrschend und wird insbesondere vom RG.[52] vertreten.

Demgegenüber ist aber zu betonen, daß rechtswidrig nur das einer Rechtsnorm des geltenden Rechts widersprechende Verhalten ist, und daß die Erlangung einer Sache sehr wohl mit der Rechtsordnung im Einklang stehen kann, auch wenn man keinen Anspruch auf die Sache hat. Man denke nur an die Okkupationen herrenloser Sachen.

Infolgedessen wird in der Theorie das Fehlen eines Anspruchs zur Annahme der Rechtswidrigkeit des erlangten Vorteile nicht für genügend gehalten, sondern die Theoretiker[53] verlangen, daß sein Erlangen Rechtsgrundsätzen widerspricht, wenn er also wider und gegen das Recht, namentlich durch Gewalt und Drohung erlangt wird.

Nach dieser Definition, der ich mich anschließen möchte, ist zu prüfen, ob man im vorliegenden Falle die Absicht des rechtswidrigen Vermögensvorteils annehmen kann.

Wenn jemand einen anderen auffordert, die einem Dritten gehörige Sache an sich zu nehmen, so wird man wohl sagen müssen, daß er fast ausschließlich die Absicht hat, sich einen Vermögensvorteil zukommen lassen will.

49) Olshausen, § 263, Nr. 43.
50) Olshausen, § 263, Nr. 43.
51) Olshausen, § 263, Nr. 45 I.
52) RG. 26, 354.
53) Binding, Lb. S. 363 r; Gerland, S. 508, Frank, § 263 VII, 3; v. Liszt-Schmidt, § 139, 4 a.

Ich nehme jedenfalls nicht an, daß er es tut, um das Vermögen des Dritten zu beschädigen. Dessen Beschädigung ist ihm gleichgültig, wenn auch zur Erreichung des erstrebten Vorteils nicht zu umgehen.

Der erlangte Vorteil ist endlich rechtswidrig. Er ist im Widerspruch zur Rechtsordnung erlangt. Das ergibt sich daraus, daß die Rechtsordnung dem Dritten Mittel an die Hand gibt, den Schaden, die ihm durch das Abhandenkommen der Sache entsteht, geltend zu machen.

Dem Dritten steht nämlich der Weg frei, von dem Aufforderer gemäß § 823 Abs. 2 BGB. Schadensersatz zu erlangen, da er gegen ein den Dritten schützendes Schutzgesetz verstoßen hat.

Es liegt also die Absicht des Aufforderes vor, einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Auch das Bewußtsein, daß der erlangte Vermögensvorteil im Widerspruch mit der Rechtsordnung stand, ist vorhanden, denn es muß sich doch jeder sagen, daß es nicht angängig ist, über fremde Sachen selbständig zu verfügen.

VI.

Das Verhältnis des Diebstahls in mittelbarer Täterschaft zum Betruge.

Es ist nun jetzt die Frage zu prüfen, in welchem Verhältnisse der Diebstahl in mittelbarer Täterschaft zu einem durch Besitzentziehung verübtem Betruge steht.

Es soll zunächst geprüft werden, ob mehrere selbständige Handlungen anzunehmen sind, oder ob sich die Diebstahls- und Betrugshandlung als Bestandteile einer einheitlichen Handlung im Sinne des § 73 darstellen.

Da der Fall, von dem in der Arbeit ausgegangen wird, ein Grenzfall zwischen Betrug und Diebstahl ist, muß auch das Verhältnis beider Delikte zueinander besprochen werden.

Als äußeres Merkmal, welches Betrug und Diebstahl deutlich voneinander unterscheidet, dient die Täuschungshandlung, die den Getäuschten veranlaßt, eine ihn selbst schädigende Vermögensverfügung vorzunehmen.

Anders steht es beim Diebstahl.

Hier findet ein Handeln des Verletzten garnicht statt, sondern der Täter greift eigenmächtig in die Rechtsphäre des Verletzten ein.

Der Unterschied zwischen Diebstahl und Betrug liegt eigentlich darin, daß beim Diebstahl eine Mitwirkung des Verletzten nicht stattfindet, während beim Betruge der Getäuschte zu einer mit seinem Willen erfolgenden, ihn selbst schädigenden Handlung, der Vermögensverfügung, veranlaßt wird und zwar deshalb, weil in ihm durch den Betrüger eine unrichtige Vorstellung von der Bedeutung seiner Handlung hervorgerufen ist.

Wenn man nun auf die Konkurrenzenfrage im allgemeinen zwischen Diebstahl und Betrug eingeht, so wird man wohl sagen müssen, daß eine Idealkonkurrenz zwischen Diebstahl und Betrug im allgemeinen ausgeschlossen ist. Diesen Standpunkt vertritt Habel[54] und begründet seinen Standpunkt folgendermaßen: Beim Betruge zerfällt die zu entwickelnde Tätigkeit in zwei Teile: die Täuschungshandlung und die Vermögensverfügung.

Erstere nimmt der Betrüger vor, letztere der Getäuschte selbst.

Die Verbindung des ersten Aktes der Betrugshandlung, also der Täuschungshandlung mit der Aneignungshandlung zu einer einheitlichen Handlung ist möglich, denn beide Handlungen wirken nach der selben Richtung hin.

Anders dagegen liegt die Sache beim zweiten Akt der Betrugshandlung, der Vermögensverfügung.

Die Zueignung beim Diebstahl erfolgt durch den Täter ohne Zutun des Verletzten, die Vermögensverfügung beim Betruge wird dagegen nicht vom Täter, sondern von dem Getäuschten selbst vorgenommen, dessen Willen sich der Betrüger dienstbar macht.

Die Vermögensverschiebung beim Diebstahl vollzieht sich also gegen den Willen des Verletzten, während die Vermögensverfügung im Betrugsfalle mit seiner Einwilligung, ja durch eigene Tätigkeit herbeigeführt wird.

Bei einer Verbindung des Diebstahls und des Betruges zu einer einzigen Handlung würde die Handlungseinheit daher zwei widersprechende Willen umfassen.

---

54) Habel, S. 22.
55) G.A. Band 42, S. 140.

Der eine Wille nämlich beim Diebstahl ist gegen den schädigenden Erfolg, der andere beim Betruge hilft ihn unbewußt herbeiführen.

Der Verletzte müßte diese verschiedenen Willen in einer einzigen Handlung betätigen, zwei einander widersprechende Willensentschlüsse gleichzeitig zur Ausführung bringen sollen.

Das ist aber unmöglich.

Der Einheit würde ein innerer Widerspruch zu Grunde liegen, der sich zerreißen, in eine Zweiheit zerlegen müßte.

Betrug und Diebstahl können demnach nicht zu einer einheitlichen Handlung zusammengefaßt werden.

Das RG.[56] hat nun eine Idealkonkurrenz zwischen Diebstahl und Betrug für begrifflich ausgeschlossen erklärt.

Dieser allgemeinen Ansicht muß zugestimmt werden.

Denn derjenige, welcher eine fremde bewegliche Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung wegnimmt, also einen Diebstahl begeht, kann durch dieselbe Handlung nicht gleichzeitig einen Betrug begehen, weil die Vermögensverschiebung beim Diebstahl vom Täter selbst herbeigeführt wird, während beim Betruge der Getäuschte aus seinem Vermögen durch falsche Vorspiegelung des Betrügers diesem die Sache übergibt. Ferner steht der Annahme einer Idealkonkurrenz entgegen, daß der Dieb infolge des Erfordernisses der Wegnahme auch den Gewahrsam der fraglichen Sache gegen den Willen des Verletzten erlangt, während es beim Betruge begrifflich ausgeschlossen ist, daß der Betrogene, wenn sein Willen darauf geht, dem Täter das Eigentum übertragen, ihm nicht auch zugleich den dazu erforderlichen Gewahrsam übertragen will.

Es liegt also hier ein Willenszwiespalt nicht nur bez. der Substanz der Sache, sondern auch bez. des Gewahrsams vor.

Insofern ist daher die Zusammenfassung der beiden Delikte zu einer einheitlichen Handlung unmöglich. Sie schließen einander aus, es ist entweder das eine oder das andere gegeben.

Aus dem geschilderten Willenszwiespalt folgt ferner auch, daß, wenn der Täter eine Sache ohne Zueignungsabsicht wegnimmt, also ein strafloses fortum usus begeht, nicht zugleich die Tatbestandsmerkmale eines auf Uebertragung

56) RG. 49, 405; 50, 254; Gold. A. 69, S. 111.

des Gewahrsams gerichteten Betrugs gegeben sein können. Idealkonkurrenz ist daher wie auch von der Rechtsprechung anerkannt wird, unmöglich.

Nachdem nun festgestellt worden ist, daß echte Idealkonkurrenz nicht vorliegt, wird zu untersuchen sein, ob ein Fall der unechten Idealkonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz vorliegt, also durch die einheitliche Handlung scheinbar mehrere Strafgesetze verletzt werden.

Für die Entscheidung, ob mehrere Straftaten begangen sind. ist aber nicht schon der Umstand maßgebend, daß sich die einheitliche Handlung unter mehrere Gesetze subsumieren läßt, denn diese Möglichkeit kann eine rein äußerliche sein in dem Sinne,. daß die Handlung zwar mehreren Gesetzen unterfällt, daß von diesen aber nur eins zur Anwendung gelangt, weil der in ihm enthaltene Verbrechensbegriff die Handlung in jeder wesentlichen Beziehung umfaßt, während die anderen Verbrechungsbegriffe nur je einen Teil der Handlung decken.[57]

In diesem Fall handelt es sich nicht um eine Konkurrenz von Straftaten, sondern nur um eine Konkurrenz von auf ein- und dasselbe Delikt zutreffenden Strafgesetzen und zwar um eine Scheinkonkurrenz, da von den näheren Gesetzen nur das eine in Frage kommt[58]

Man könnte auf den Gedanken kommen, daß wir es im vorliegenden Falle mit einer Gesetzeskonkurrenz zu tun haben, d. h. daß das eine Delikt das andere konsumiert, es müßte also in unserem Falle der Diebstahl die Betrugshandlung konsumieren, oder umgekehrt, wenn nämlich die betrügliche Erlangung des Besitzes nur als ein Mittel der rechtswidrigen Zueignung der Sache erscheint, dann wird die Bedeutung der betrügerischen Besitzerlangung durch die Zueignungshandlung absorbiert und entscheidend für die Tat ist lediglich die Form, in der sich die Zueignung vollzieht.

Der Erfolg, der an sich den Betrug konstituieren konnte, würde also nur ein untergeordnetes Moment bilden.

Eine nähere Begründung dieser Theorie wird von Habel[59] versucht.

Er führt aus, daß der Betrug eine Brücke, ein Durchgangsstadium bildet, und zwar in dem Sinne, daß der Be-

57) Allfeld, S. 235.
58) Schwartz, § 73, Nr. 8.
59) Habel, S. 28, S. 31, S. 38.

trugserfolg ein Entwicklungsstadium des Aneignungserfolges darstellt und daß erst Betrugs- und Aneignungserfolg zusammen den gemeinsamen Zweck ausmachen.

Fraglich erscheint, ob man auf Grund der Tatsache, daß der Betrugserfolg im Zueignungserfolg an sich nicht in Erscheinung tritt, von einer Konsumtion des ersteren sprechen kann.

Meines Erachtens läßt sich allein aus der Konsumtion des Betrugserfolges noch nicht die Konsumtion des ganzen Betrugsdeliktes schließen.

Mag auch bei Erfolgsdelikten, äußerlich betrachtet, der Schwerpunkt auf dem Erfolge liegen,[60] so ist und bleibt doch für die Konsumtion nicht das Verhältnis des Delikterfolges, sondern das der Deliktshandlungen maßgebend.[61]

Man kann nun in unserem Falle allerdings das Verhältnis der Diebstahls- und Betrugsverhandlung dahin charakterisieren, daß der Betrug ein Durchgangsstadium zum Diebstahl bildet.

Damit ist aber das Vorliegen einer Konsumtion nicht erwiesen.

Alberti,[62] auf den sich Habel gerade stützt, betont ausdrücklich, daß sich keineswegs der Satz aufstellen läßt, daß ganz allgemein unerlaubte Handlungen, die nur als Mittel zur Begehung einer anderen unerlaubten Handlung dienen, in deren Tatbestand aufgehen.

Diese Ansicht ist auch nicht haltbar, da unter Konsumtion doch verstanden werden muß, daß der Tatbestand des einen Delikts von dem anderen aufgezehrt wird. Ich möchte mich daher der Ansicht Franks[63] anschließen, daß Voraussetzung der Konsumtion ist, daß das in Frage kommende Delikt ein Durchgangsstadium für das andere bildet.

Ein begrifflich notwendiges Durchgangsstadium für den Diebstahl ist aber der Betrug nicht, denn der Begriff des Diebstahls erfordert nicht, daß die zur Rede stehende Sache durch Betrug erlangt wird.

Nach der herrschenden Ansicht,[64] der sich auch Frank[65] in seinen neueren Auflagen im wesentlichen anschließt, tritt

60) Habel, S. 29, S. 38 ff.
61) Vgl. Eckstein, Ger.Saal, Bd. 78, S. 345, 436.
62) Gerichtssaal Bd. 76, S. 255, 256, 252.
63) Frank, 7. und die vorhergehenden Auflagen, § 73, VII 2 c α.
64) Olshausen, § 73, Nr. 14 c; RG. 24, S. 272; 40, S. 430.

die Konsumtion ein, wenn eine an sich strafbare Handlung für den Tatbestand einer anderen verwertet wird. Was aber nicht nur dann zutrifft, wenn jene zu den gesetzlichen Merkmalen der letzteren gehört, sondern auch dann, wenn sie als dem gewöhnlichen Hergange entsprechende Mittel vom Gesetze als regelmäßig vorhanden angenommen wird.

Diese Erwähnungen treffen jedoch auf unserem Fall nicht zu.

Es ist nicht zu bestreiten, daß der Betrug ein häufiges Mittel ist, um eine Sache, die einem andern gehört, sich anzueignen.

Damit ist aber das Erfordernis der Regelmäßigkeit noch nicht gegeben. Als regelmäßig kann man einen bestimmten Hergang nur dann bezeichnen, wenn er so häufig erfolgt, daß sein Ausbleiben als eine Ausnahme erscheint.

Dies kann von dem Betruge nicht behauptet werden.

Eine zur Konsumtion führende regelmäßige Begehungsart eines Deliktes kann sich überhaupt nur bilden, wenn der Tatbestand des Deliktes gerade diese Art der Begehung mit einer gewissen Notwendigkeit voraussetzt.

Aus dem Tatbestand des Diebstahls ist dagegen keineswegs zu ersehen, daß der Gesetzgeber irgend eine bestimmte Art der Besitzverlangung ins Auge faßt.

Wenn demnach der Besitz häufig durch Betrug erlangt wird, so beruht das lediglich auf einem äußerlichen Zusammentreffen der beiden Delikte.

Hieraus aber schon einen Fall der Konsumtion anzunehmen, erscheint deshalb abwegig, weil Konsumtion nach der herrschenden Meinung nur dann vorliegt, wenn der Tatbestand des einen Delikts in dem des anderen aufgeht, was aber bei den Delikten Diebstahl und Betrug verneint werden muß.

Auf Grund der gemachten Ausführungen komme ich also zu dem Ergebnis, daß in den in Rede stehenden Fällen eine Konsumtion des Betruges durch den Diebstahl abzulehnen ist.

Es soll also noch einmal zusammenfassend festgestellt werden, daß weder Idealkonkurrenz noch Gesetzeskonkurrenz anzunehmen ist.

---

65) Frank, § 73, V p 2 c.

Wie verhält sich nun die Diebstahlshandlung zu der Betrugshandlung?

Daß die Diebstahlshandlung gleichzeitig eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 ist, erscheint insofern unwahrscheinlich als wie Herberger sagt „als äußeres Merkmal, welches Betrug und Diebstahl voneinander deutlich abzugrenzen scheint, sich zunächst die für den Betrug charakteristische Täuschungshandlung kennzeichnet, durch die der Getäuschte zu einer ihn selbst schädigenden Vermögensverfügung veranlaßt wird, während demgegenüber beim Diebstahl ein Handeln des Verletzten garnicht stattfindet, sondern der Täter eigenmächtig in die Rechtsphäre eingreift".[66]

Herberger will damit sagen, daß Betrug und Diebstahl mithin in begrifflichem Gegensatz stehen, dieser ist in der Willensrichtung des Verletzten gegeben,[67] ferner aber auch in der Tat des Täters selbst.

Wenn also durch die Aufforderung ein Diebstahl begangen wird, „eine Mitwirkung des Verletzten überhaupt nicht stattfindet, vielmehr der Dieb durch die Wegnahme eigenmächtig und gegen den Willen des Verletzten einen Eingriff in dessen Rechtssphäre vollzieht",[68] diese Aufforderung jedoch gleichzeitig auch eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 sein sollte, so muß mit Rücksicht darauf, daß eine Diebstahlshandlung nicht gleichzeitig eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 sein kann, eine Abgrenzung gefunden werden, die meines Erachtens hier in der Zeitfrage liegen wird.

Wenn jemand zur Wegnahme einer Sache auffordert, so liegt vor der Täuschung und der Wegnahme die Fassung des Zueignungsentschlusses seitens des Aufforderers, seinerseits über die Sache zu verfügen.

Um diesen zeitlichen Unterschied besser zu erkennen, soll ein Fall aus Herberger zitiert werden: Der besitzende Nichteigentümer einer Sache, der selbst schlechtgläubig ist, aber von einem anderen für den Eigentümer gehalten wird, bestimmt diesen anderen vermittels Täuschung zum Kaufe der Sache.

66) Herberger, § 1, S. 3.
67) Herberger, § 3, S. 5.
68) Herberger, § 2, S. 5.
69) Herberger, § 4. S. 12.

Herberger[70] sieht in dem Verhalten des besitzenden Nichteigentümers, der die Sache veräußert, nicht Betrug, sondern Unterschlagung, und begründet das damit, „daß der als Betrugshandlung erscheinenden Handlung des Täuschenden immer logisch und zeitlich ein Aneignungsdelikt vorausgeht, denn der Schlechtgläubige kann eine Sache erst übertragen, wenn er sich sie zugeeignet hat. Die Zueignung ist erfolgt mit der Fassung des Zueignungsentschlusses."

Da die Zueignung nach außen erkennbar vortreten muß, „wird die Zueignung daher als vollendet anzusehen sein, wenn der Täuschende die Sache dem Erwerber anbietet".[71]

Komme ich nun auf unseren Fall zurück, so wird auch hier die Zueignungsabsicht der Täuschungshandlung insofern zeitlich vorausgehen, als in dem Augenblick, wo die Aufforderung erfolgt, der Aufforderer schon wie ein Eigentümer über die Sache verfügt. Herberger[72] leugnet nun überhaupt eine Täuschungshandlung, indem er sagt, daß die Täuschungshandlung, vermittels derer der Dritte zu der schädigenden Handlung dienstbar gemacht wird, nicht mehr Täuschungshandlung im Sinne des Betrugsparagraphen ist, sondern sich als Mittel zur Dienstbarmachung eines Dritten zur Ausführung eines Aneignungsdeliktes darstellt. Diese Meinung wird auch vom Verfasser vertreten, da der Dritte vom Täter nur als Mittel zum Zweck benutzt wird.

Wir gehen nun weiter auf den objektiven Tatbestand des § 263 ein und stellen fest, daß durch die Täuschungshandlung ein Irrtum erregt worden ist.

Die Folge der Irrtumserregung ist eine Vermögensdisposition.

Wie ist es hier mit der Zeitfrage?

Auch hier liegt vor der Verfügung über den Gegenstand die Verfügung des Aufforderers über die Sache.

Bevor der Aufgeforderte über die Sache verfügt, ist die Absicht der rechtswidrigen Zueignung dessen, der auffordert, bereits verwirklicht gewesen.

Wenn man nun den Vermögensschaden untersucht, und bei Nichtidentität des Getäuschten und Geschädigten einen

---

70) Herberger, § 4, S. 17.
71) Herberger, § 4, S. 17.
72) Herberger, § 4, S. 18.

Vermögensschaden insofern annimmt, als der Eigentümer der Sache den Besitz an ihr verliert — denn ohne Verlieren des Besitzes kann kein Schaden eintreten — so kann auch dieser Schaden nicht mehr ein Schaden im Sinne des Betruges sein, sondern der Schaden ist bereits im Augenblick der Zueignung eingetreten.[73] Die Fassung des Zueignungsentschlusses genügt natürlich noch nicht, dazukommen muß noch die Wegnahme der Sache selbst durch das Werkzeug.

Diesen Gedanken bringt Herberger[73] bei der Untersuchung des oben erwähnten Falles, wenn er sagt, daß die durch die Uebergabe der Sache seitens des Täuschenden gegen den Eigentümer scheinbar begangene Schädigungshandlung später liegt als die Zueignung.

Die als Betrugshandlung erscheinende Handlung führt garnicht mehr einen Vermögensschaden herbei.

Dieser ist vielmehr gegen seinen Willen um die Sache allein durch das Zueignungsdelikt gebracht.

Da der objektive Tatbestand des § 263 nicht erfüllt ist, kann die Aufforderung somit keine Betrugshandlung im Sinne des § 263 sein.

Die am Anfang der Aufgabe gestellte Frage, ob wir es mit einer Diebstahls- oder Betrugshandlung, oder mit einem Zusammenfallen der beiden Delikte zu tun haben, ist demnach dahin zu beantworten, daß im vorgenannten Falle nur eine Bestrafung wegen Diebstahls gemäß § 242 StGB. erfolgen kann.

---

73) Herberger, § 4, S. 18

Lebenslauf.

Am 23. 1. 1902 wurde ich in Oppeln OS. geboren. Von Ostern 1911 bis Ostern 1921 besuchte ich das Staatliche Gymnasium in Kreuzburg OS., von da ab bis zur Ablegung der Reifeprüfung im Jahre 1922 das Staatsgymnasium in Oels. Hierauf studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität zu Breslau. Am 4. Juli 1929 bestand ich vor der juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität zu Breslau das juristische Doktor-Examen.